

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA PLANTEADO POR CRUX GENERACIÓN, S.L. FRENTE A LA COMUNICACIÓN DE CADUCIDAD DE LOS PERMISOS DE ACCESO Y CONEXIÓN DICTADA POR RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. EL 31 DE MARZO DE 2023 A LAS INSTALACIONES CRUX I Y II

(CFT/DE/178/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretaria

D^a. María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 18 de enero de 2024

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por la sociedad CRUX GENERACIÓN, S.L., en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013 y el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Supervisión regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interposición del conflicto

Con fecha 4 de mayo de 2023 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) dos escritos de la representación legal de la sociedad CRUX GENERACIÓN, S.L., por los que se plantea un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica titularidad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., con motivo de las comunicaciones del gestor de red de 31 de marzo de 2023 sobre la caducidad automática de los permisos de acceso de las instalaciones FV CRUX I y FV CRUX II de 49,68 MW, cada una de ellas, como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del segundo hito administrativo establecido en el

artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (RD-I 23/2020).

La representación legal de CRUX exponía, en síntesis, en sus escritos iniciales de conflicto -que fueron acumulados en el presente procedimiento- los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

- Con fecha 23 de enero de 2023, antes del vencimiento del plazo del segundo hito administrativo establecido en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, el promotor había presentado toda la documentación para obtener las DIAs favorables de las instalaciones CRUX I y CRUX II.
- Con fecha 31 de marzo de 2023, ante la falta de acreditación del cumplimiento del citado hito con anterioridad al 25 de enero de 2023, REE comunicó la caducidad de los permisos de las instalaciones CRUX I y CRUX II.
- Con fecha 18 de abril de 2023 la Administración autonómica dicta sin efecto retroactivo las correspondientes DIAs para las instalaciones objeto de conflicto.

Los anteriores hechos se sustentan en la documentación que se acompaña al escrito y que se da por reproducida en el presente expediente.

Por lo expuesto, solicita que se anule y deje sin efecto las resoluciones de 31 de marzo de 2023 emitidas por REE y se declare y reconozca la vigencia de los permisos de acceso y conexión de las instalaciones objeto de conflicto.

SEGUNDO. Información complementaria

Con fecha 30 de mayo de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC nuevo escrito del promotor CRUX en el que facilita información complementaria a su escrito inicial y, adicionalmente, informa sobre la interposición de dos recursos de alzada frente a las Resoluciones de la Dirección General de Medio Ambiente de 9 de mayo de 2023 por la que se deniega otorgar eficacia retroactiva -a fecha 25 de enero de 2023- a la Resolución de 18 de abril de la misma Dirección General que aprobaba las DIAs de las instalaciones del promotor.

TERCERO. Requerimiento de subsanación cursado a CRUX

Con fecha 5 de junio de 2023, una vez revisada toda la documentación obrante en el expediente relativa a las solicitudes de conflicto, se requirió al promotor CRUX para que aportase “Documento fehaciente de la representación por parte de [NO PUBLICABLE] respecto de la sociedad CRUX GENERACIÓN, S.L.”

Con fecha 12 de junio de 2023 el interesado atendió satisfactoriamente el requerimiento cursado.

CUARTO. Nuevo escrito de alegaciones de CRUX

Con fecha 14 de septiembre de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC nuevo escrito de alegaciones del promotor CRUX en el que manifiesta y documenta que, con fecha 13 de septiembre de 2023, el Consejero competente en materia de medio ambiente de la Administración autonómica (Murcia) ha dictado dos Resoluciones (correspondientes a las instalaciones CRUX I y CRUX II) estimando los recursos de alzada citados en el antecedente segundo de la presente resolución y otorgando en las mismas efecto retroactivo a fecha de 25 de enero de 2023 a las DIAs emitidas el 18 de abril de 2023.

CRUX informa que ha dado traslado de dichas resoluciones a REE y estima que, considerando el efecto retroactivo de las resoluciones, dispone de DIAs favorable para sus instalaciones y, por consiguiente, debe darse por cumplido el segundo hito regulado en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020.

Por todo ello, solicita que la documentación presentada se adjunte al expediente administrativo; que se considere cumplido el hito correspondiente y, consecuentemente, no caducados los permisos de acceso y conexión de las plantas solares CRUX I y CRUX II.

QUINTO. Comunicación de inicio del procedimiento

A la vista de la solicitud, la Directora de Energía de la CNMC concluye con la existencia de un conflicto de acceso a la red de transporte de energía eléctrica y se procedió mediante escrito de 21 de septiembre de 2023 de la Directora de Energía de la CNMC a comunicar a CRUX y a REE el inicio del correspondiente procedimiento administrativo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, se dio traslado a REE del escrito presentado por la solicitante, concediéndosele un plazo de diez días hábiles para formular alegaciones y aportar los documentos que estimasen convenientes en relación con el objeto del conflicto.

SEXTO. Solicitud de ampliación de plazo y alegaciones de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

Con fecha 16 de octubre de 2023 REE solicitó, al amparo del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública, ampliación de plazo conferido para formular alegaciones. Con misma fecha de 16 de octubre de 2023 se atendió la solicitud cursada ampliando el plazo para formular alegaciones hasta el 23 de octubre de 2023.

Haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 73.1 de la Ley 39/2015, REE presentó escrito en fecha 23 de octubre de 2023, en el que manifiesta, en síntesis, que:

- El 17 de julio de 2019 y el 27 de enero de 2021 REE otorgó los correspondientes permisos de acceso y conexión a las instalaciones objeto de conflicto.
- Dadas las citadas fechas resulta de aplicación el plazo dispuesto en el apartado a) del artículo 1 del RD-I 23/2020, esto es, 31 meses para el cumplimiento del hito consistente en la obtención de la declaración de impacto ambiental. Dicho plazo debe ser computado desde el 25 de junio de 2020, siendo la fecha límite para su acreditación el 25 de enero de 2023.
- El 15 de febrero de 2023 REE remite a CRUX una comunicación relativa a la potencial caducidad de los permisos de acceso y conexión por incumplimiento del segundo hito administrativo del RD-I 23/2020.
- Los días 1 y 2 de marzo de 2023 el promotor adjunta informes técnicos elaborados por el órgano ambiental competente de la Administración autonómica y por el Jefe de Servicio de Energía de la Dirección General de Energía y Actividad Industrial y Minera de la Región de Murcia a fin de probar el carácter retroactivo de la DIAs.
- El 3 de marzo de 2023 REE, a la vista de la documentación aportada por el interesado, procede erróneamente a validar el cumplimiento del segundo hito del RDL. Sin embargo, el día 6 de marzo de 2023 REE advierte que la validación había sido incorrecta ya que en la documentación recibida tan sólo se informaba del criterio del órgano competente sobre el efecto retroactivo pero que los documentos no eran los preceptivos actos administrativos. Manifiesta REE que a fecha 6 de marzo de 2023 no se habían emitido las DIAs preceptivas por lo que el 31 de marzo de 2023 procedió a comunicar la caducidad automática de los permisos de acceso y conexión de las instalaciones CRUX I y CRUX II.
- El 13 y 14 de septiembre de 2023 el promotor remite a REE las resoluciones de los recursos de alzada en las que se otorga efecto retroactivo a las DIAs correspondientes a las instalaciones CRUX I y II.
- A juicio de REE, la comunicación de caducidad del permiso de acceso y conexión de las instalaciones es correcta, puesto que la regulación específica del RD-I 23/2020 debe prevalecer sobre la norma general de la Ley 39/2015 y, por tanto, todos aquellos promotores que no hayan acreditado ante REE que la DIA se obtuvo antes del vencimiento del hito previsto en el artículo 1 del RD-I 23/2020 verán sus permisos caducados de forma automática. Aun siendo posible dotar de efectos retroactivos a un acto administrativo, al no establecer el artículo 39.3 límite temporal alguno, podrían surgir de forma temporalmente indefinida actos administrativos con efectos retroactivos, dejando al criterio de cada Administración cuando se dan las condiciones de “excepcionalidad” para dotar al acto de efecto retroactivo, pudiendo ocasionar así agravios

comparativos entre promotores de diferentes territorios o Comunidades Autónomas. En aras de evitar interpretaciones sobre cuestiones relativas al ámbito de la normativa de las administraciones públicas, REE considera que la actuación más correcta, por conducir a menos equívocos y situaciones de no discriminación, es la de la interpretación literal y estricta de lo dispuesto en el RD-I 23/2020. Finalmente aporta respuesta a una consulta por parte del titular de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (en adelante, DGPEM), según la cual los plazos fijados por una norma con rango de ley -como lo es el RD-I 23/2020- tienen carácter básico para todas las Administraciones, impidiendo su modificación por legislación autonómica, y deben ser aplicados automáticamente tal y como dicta la ley.

Los anteriores hechos se sustentan en la documentación que se acompaña al escrito y que se da por reproducida en el presente expediente.

Por lo expuesto, solicita que se dicte resolución por la que se desestime el conflicto de acceso y se confirmen las actuaciones de REE.

SÉPTIMO. Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante escritos de la Directora de Energía de 27 de octubre de 2023, se puso de manifiesto a las partes interesadas para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Ley 39/2015, pudieran examinar el mismo, presentar los documentos y justificaciones que estimaran oportunos y formular las alegaciones que convinieran a su derecho.

- Con fecha 8 noviembre de 2023 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de CRUX, en el que, brevemente, manifiesta que: **(i)** Las Resoluciones de los recursos de alzada y las DIAs a las que se refieren son actos administrativos firmes y eficaces desde el 25 de enero de 2023; **(ii)** Las DIAs emitidas permiten acreditar el cumplimiento del segundo hito del RDL 23/2020 que REE considera incumplido; y **(iii)** El cómputo de los plazos para la acreditación de los siguientes hitos administrativos regulado en el RDL deben efectuarse desde la notificación de la resolución estimatoria del presente conflicto.
- El pasado 16 de noviembre de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de REE, en el que se ratifica en sus alegaciones previas.

OCTAVO. Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013 y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto

657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe en este procedimiento.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Existencia de conflicto de acceso a la red de transporte.

Del relato fáctico que se ha realizado en los antecedentes de hecho, se deduce claramente la naturaleza del presente conflicto como de acceso a la red de transporte de energía eléctrica.

Asimismo, en toda la tramitación del presente procedimiento no ha habido debate alguno en relación con la naturaleza de conflicto de acceso del presente expediente.

SEGUNDO. Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

La presente resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución que se atribuye a la CNMC en el artículo 12.1.b) 1º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante Ley 3/2013).

En sentido coincidente, el artículo 33.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico dispone que *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá a petición de cualquiera de las partes afectadas los posibles conflictos que pudieran plantearse en relación con el permiso de acceso a las redes de transporte y distribución, así como con las denegaciones del mismo emitidas por el gestor de la red de transporte y el gestor de la red de distribución”*.

Dentro de la CNMC, corresponde a su Consejo aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la citada Ley 3/2013, que dispone que *“El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones... de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar”*. En particular, esta competencia recae en la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con el artículo 21.2 de la citada Ley 3/2013, previo informe de la Sala de Competencia (de acuerdo con el artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto).

TERCERO. Sobre la posibilidad del reconocimiento de efecto retroactivo por parte de la Administración competente de los actos administrativos en

relación con el cumplimiento de los hitos administrativos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020.

El presente conflicto se circunscribe a si es posible entender cumplido cualquiera de los hitos administrativos previsto en el artículo 1 del RD-I 23/2020¹ cuando la Administración competente dicta el mismo fuera del plazo previsto en dicha norma, pero reconociendo de forma expresa y motivada el carácter retroactivo del acto, por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, al único objeto de que se pueda entender como cumplido el citado hito administrativo en tiempo y forma.

El artículo 1 del RD-I 23/2020 establece que los permisos de acceso y conexión caducarán automáticamente si en un determinado plazo no se han cumplido una serie de hitos. Dichos hitos se califican, por la propia norma, de administrativos porque, en efecto, todos ellos exigen que la Administración competente dicte un acto administrativo, aunque de distinta naturaleza, puesto que se incluyen actos de trámite -como la admisión de solicitudes- y actos de indudable naturaleza resolutoria como la autorización administrativa de explotación definitiva.

Por tanto, el requisito principal para que no se produzca la caducidad de los permisos es que la Administración competente dicte en tiempo y forma el acto administrativo favorable en que consiste el correspondiente hito.

No hay debate en cuanto a que el cumplimiento formal exige que el acto sea dictado por el órgano competente siguiendo el procedimiento establecido y que el acto debe ser favorable y expreso.

Así mismo la norma exige que se acredite el cumplimiento en tiempo, estableciendo un plazo a computar en meses, bien desde la entrada en vigor del propio RD-I 23/2020, bien desde la obtención del permiso de acceso para los posteriores al 25 de junio de 2020.

Expuesto el contenido del artículo 1 del RD-I 23/2020 y antes de entrar en la resolución del presente conflicto es preciso tener en cuenta algunas cuestiones previas.

En primer término, el cumplimiento de cualquier hito exige una actuación que no depende del promotor, sino de una Administración pública, de ámbito territorial estatal o autonómica, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.13 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE). Es decir, los actos administrativos que configuran los hitos pueden proceder tanto de la Administración General del Estado como de las Comunidades Autónomas, y depende del hito puede ser competente el órgano sustantivo o como en el presente caso los correspondientes órganos ambientales.

¹ Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica.

La intervención de una Administración pública supone, por definición, que todos sus actos se presumen válidos y despliegan su eficacia desde el momento en que se dictan, salvo que la propia Administración autora del acto module el ámbito temporal del acto tanto hacia el futuro, demorando el efecto o dotando al mismo de carácter retroactivo, generando efectos antes de que el acto se haya dictado formalmente. Dicha posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015. Dicho apartado considera que tal posibilidad es excepcional y establece una serie de requisitos que tendrá que valorar si concurren o no la propia Administración. Es obvio que la Ley 39/2015 es la normativa básica que establece el procedimiento administrativo común y que el artículo 39 es la configuración normativa de la potestad de autotutela declarativa que es intrínseca a la propia existencia de una Administración de base territorial, constitucionalmente garantizada.

En segundo término, resulta relevante que el promotor, aun desplegando la máxima diligencia posible, puede ver caducado su permiso de acceso y conexión por la no resolución en plazo por parte de la Administración competente, lo cual podría en determinados y concretos supuestos ser contrario a los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima. En este sentido, y aunque se trata de un supuesto de hecho diferente, ha de tenerse en cuenta la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia 2781/2017, de 7 de julio de 2017, CENDOJ 28079130032017100283) sobre las cancelaciones de las inscripciones en el Registro de preasignación de retribución por la exclusiva falta de actuación de la Administración competente. En dicha Sentencia se indica lo siguiente:

No cabe duda que una interpretación del artículo 8. 1 y 2 del RD 1578/2008 , que hiciera depender la cancelación de la inscripción en el Registro de preasignación de retribución, con la consecuencia desfavorable de pérdida del régimen retributivo de que gozaba la instalación, no ya de la actuación del interesado que ha cumplido con diligencia todas las obligaciones del artículo 8.1 del RD 1578/2008 en el plazo señalado por el precepto, sino exclusivamente de la fecha de la resolución del órgano administrativo competente que acuerde la inscripción, es decir, de la ágil o retardada actuación de la Administración competente, resultaría contraria a los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima, derivado este último del principio de seguridad jurídica, consagrados en el artículo 3 de la Ley 30/1992”

Como tercera consideración previa hay que recordar que, como señala la Resolución de esta Sala de 30 de noviembre de 2021 (en el expediente CFT/DE/100/21), la caducidad de los permisos de acceso y conexión supone, por naturaleza, una restricción de los derechos de los promotores al acceso a las redes y, aunque establecida por norma con rango de Ley al objeto de evitar la permanencia de permisos de acceso y conexión de instalaciones que no se van a desarrollar, no es posible una interpretación extensiva de la misma.

Finalmente, no puede obviarse que la finalidad de la norma que establece la caducidad por incumplimiento de determinados hitos administrativos como señala la exposición de motivos del propio RD-I 23/2020 no es otra que evitar que se retrase o paralice un elevado número de proyectos solventes por culpa de otros que no fueran firmes o viables y que no hubieran avanzado en su tramitación. Es decir, pretende remover aquellos permisos de acceso y conexión que corresponden a instalaciones no maduras, esto es, en las que el promotor no ha procedido de forma diligente para cumplir con sus obligaciones de desarrollo, circunstancia que se dio especialmente antes de la introducción de la caducidad de los permisos en la disposición transitoria octava de la LSE, cuando se podía entender que los permisos de acceso y conexión tenían una vigencia temporal indefinida.

Teniendo en cuenta estas consideraciones previas y centrándonos en el presente conflicto, los antecedentes de hecho relevantes y que no son objeto de debate son los siguientes.

Dos instalaciones de CRUX que contaban con permiso de acceso anterior a la entrada en vigor del RD-I 23/2020 obtuvieron la declaración de impacto ambiental, mediante la estimación de los correspondientes recursos de alzada presentados por el promotor frente a la Resolución dictada por el Director General de Medio Ambiente, de fecha 9 de mayo de 2023, por la que se deniega la solicitud de retroactividad a 25 de enero de 2023 de la DIA de los proyectos CRUX I y II.

Por tanto, no cabe duda de que se trata de actos dictados por órgano competente en el que se reconoce que el mismo, aun dictados el día 13 de septiembre de 2023, produce efectos desde el día 25 de enero de 2023 al cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, para que se pueda entender cumplido el hito administrativo establecido por el RD-I 23/2020.

Frente a ello, REE se limita a indicar que no se ha acreditado el cumplimiento del hito y, por tanto, procede simplemente a informar de la caducidad de los permisos de acceso y conexión.

Asimismo, REE planteó consulta al titular de la DGPEM sobre la interpretación normativa del Real Decreto-ley 23/2020 en relación con la no validez de documentación con efectos retroactivos (el subrayado es nuestro).

En fecha 18 de mayo de 2023, el titular de la DGPEM evacuó consulta -que no tiene la consideración de informe-, afirmando, en lo que aquí importa, que la fijación del plazo se encuentra en una norma básica con rango de Ley y que, por tanto, las actuaciones realizadas fuera del plazo fijado *ex lege* no serán válidas.

En conclusión:

A juicio de esta Dirección General, estas consecuencias se derivan del rango normativo e impedirían reconocer validez a actuación alguna acordada fuera de esos plazos legales, en aras de la seguridad jurídica, por lo que no se debería admitir ninguna fórmula que, en la práctica, hiciesen sobrepasar esos plazos señalados como máximos.

En cuanto a la posibilidad de que se emitan actos administrativos con eficacia retroactiva una vez transcurrido el plazo máximo señalado por la norma con rango de ley con el fin de entender el hito cumplido, esta Dirección General entiende que tal posibilidad no está contemplada en la normativa. La eficacia retroactiva de un acto administrativo supone que sus efectos se retrotraen a un momento anterior al de la fecha en el que es dictado, por lo que al vencimiento del plazo máximo del real decreto ley ese acto no existe.

Junto con este argumento principal, REE añade que el reconocimiento del cumplimiento del hito administrativo en estos casos podría generar situaciones discriminatorias entre promotores, según los distintos territorios.

Además, supondría otorgar a REE una actuación de naturaleza valorativa cuando justamente su actuación en este ámbito es la de mera comprobación de si se ha cumplido o no el hito.

Pues bien, teniendo en cuenta las consideraciones previas indicadas no se pueden compartir los argumentos esgrimidos por REE al respecto de la falta de cumplimiento del hito administrativo cuando existe, como en el presente caso, una DIA favorable a la que el órgano competente otorga efectos retroactivos a los efectos de dar por cumplido el correspondiente hito administrativo.

En concreto, la interpretación de REE no tiene en cuenta que, como se ha indicado, el RD-I 23/2020 desde el mismo momento en que hace depender el mantenimiento de los permisos de acceso y caducidad del hecho de que se produzca una determinada actuación administrativa y no de la actuación del promotor traslada, con todas sus consecuencias, al ámbito propio de la competencia de cada Administración la resolución correspondiente, bien sea la admisión de una solicitud o la declaración de impacto ambiental o las autorizaciones sectoriales. Ello conlleva que dicha Administración dispone en el ejercicio de las mismas de todas sus potestades y prerrogativas, entre ellas, la de la autotutela declarativa que despliega, como veremos, sus efectos tanto en el plano de la validez de su actuación como en la modulación de los efectos de sus actos, sin que la fijación de un plazo para su actuación conlleve el desapoderamiento de dichas potestades que son intrínsecas a su naturaleza de Administración territorial.

En efecto, la interpretación de REE niega validez a la actuación administrativa fuera del plazo.

Tal interpretación no se puede compartir por dos motivos, uno de índole formal, al dotar a una sociedad mercantil como es REE, de la posibilidad de considerar inválido un acto administrativo que goza de presunción de validez, realizando una valoración que es justamente la que no puede desarrollar en el procedimiento de confirmación del incumplimiento del hito administrativo. Ni siquiera esta Comisión puede juzgar o establecer si el acto administrativo posterior es válido o no. Dicha actuación corresponde a los jueces y tribunales, y en su caso a la propia Administración que dictó el acto en el ejercicio de su potestad de revisión de oficio.

Junto a esta cuestión de índole formal existe una razón de orden material. La interpretación que sostiene REE no tiene en cuenta la propia estructura del artículo 1 del RD-I 23/2020. Dicho precepto establece como supuesto de hecho sustantivo la realización de una concreta actuación administrativa de naturaleza favorable para el interesado en un determinado plazo. El transcurso del plazo desplegará efectos exclusivamente para el promotor titular del permiso de acceso y conexión, pero no para la Administración. En ningún caso, el transcurso del plazo puede suponer que la Administración competente quede desapoderada de la potestad de emitir actos posteriores válidos, con independencia de sus efectos.

Dicho de otra manera, la posible caducidad de un permiso de acceso y conexión por el mero transcurso del plazo no supone por sí misma la pérdida del objeto de un procedimiento de autorización, pues será la legislación autonómica pertinente y, en su caso, el órgano autonómico competente en cumplimiento de esa normativa los que determinen las consecuencias de la caducidad de los permisos para los correspondientes procedimientos administrativos².

Por tanto, el acto posterior al plazo dictado por la Administración competente no puede ser considerado inválido ni por parte de REE ni por parte de esta Comisión.

Es, por tanto, en el plano de la eficacia y no de la validez donde radica realmente el problema. Las consideraciones previas efectuadas permiten entender que el acto con efectos retroactivos es posible.

En efecto, la modulación de los efectos de una resolución administrativa válida forma parte del ejercicio de la autotutela declarativa, siempre que se haga en el marco de la previsión del artículo 39.3 de la Ley 39/2015, es decir, que sea

² En este sentido la Ley gallega 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas que añade una disposición adicional séptima a la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, que permite continuar con la tramitación de las distintas autorizaciones y de la evaluación de impacto ambiental de los parques eólicos, aun para instalaciones que hayan perdido su permiso de acceso y conexión por caducidad.

excepcional, que sea un acto favorable, que los supuestos de hecho existan al tiempo de dictar el acto administrativo y que no haya perjuicio de terceros, cuestiones todas ellas que corresponde valorar a la Administración competente -no a REE ni a esta Comisión- y que ha de indicarlo, como sucede en el presente caso, de forma clara.

La posibilidad de modular la eficacia del acto administrativo en este caso concreto está plenamente justificada a la vista de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de cancelaciones de inscripciones en el registro de preasignación de retribución por causa no imputable al promotor. Si la Administración competente considera que ya concurrían las condiciones para dictar la declaración de impacto ambiental antes del vencimiento del plazo fijado en el RD-I 23/2020 el día 25 de marzo de 2023 y que solo circunstancias excepcionales en su propia actuación han impedido dictar el acto administrativo antes del día del vencimiento, la falta de reconocimiento de efecto retroactivo por parte de la Administración competente podría suponer una vulneración de los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima. Esta posible vulneración es evitable dotando de la indicada eficacia retroactiva.

Ha de tenerse en cuenta que los plazos determinados por el RD-I 23/2020 se aplicaban al mismo tiempo a un conjunto muy importante de permisos, en concreto a los emitidos por todos los gestores, no solo REE entre el 1 de enero de 2018 y el 25 de junio de 2020 y que, precisamente para permitir a las administraciones competentes la correcta evaluación de los aspectos ambientales y/o sectoriales, se han ampliado en varias ocasiones, la última de ellas mediante el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

En estas circunstancias, si el órgano competente ante la situación descrita se encuentra con un expediente al que solo le faltaba para finalizar, cumpliendo el plazo del RD-I 23/2020 el dictado del mismo cabe el ejercicio de la potestad reconocida en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, dotando excepcionalmente al acto de eficacia retroactiva para evitar un perjuicio al promotor. Esto es lo que ha sucedido en el presente conflicto.

Dicho acto con efecto retroactivo no tiene otro objeto que desplegar los efectos de la decisión administrativa a un tiempo ya pasado en beneficio del interesado y sin perjudicar a terceros, puesto que la capacidad que liberaría la caducidad aún no ha aflorado. El acto no modifica situaciones ya consolidadas, sino que anticipa la creación de la situación y de esta forma cumplir con los principios de eficacia, buena fe y confianza legítima, evitando la caducidad de un permiso que iba a caducar porque no se emitió antes del 25 de enero de 2023 el acto exigido por el RD-I 23/2020 por circunstancias excepcionales y ajenas a los promotores.

En el mismo sentido, la interpretación que sostiene REE de la imposibilidad de evitar por la Administración competente el efecto de la caducidad automática es una interpretación extensiva de lo dispuesto en el RD-I 23/2020, al extraer del plazo legal unas consecuencias que desconocen las potestades de las Administraciones competentes para dictar el acto que constituye el propio hito administrativo.

La interpretación que sostiene REE no encuentra justificación en la finalidad del propio RD-I 23/2020 que pretende la caducidad de los permisos de acceso de instalaciones no viables o inmaduras. El hecho de que la declaración de impacto ambiental sea favorable y que pudiera haberse adoptado a partir del 25 de enero de 2023 pone de manifiesto en el presente caso justamente lo contrario, a saber que la referida instalación ha progresado hacia su puesta en marcha de forma correcta y en la que solo una cuestión puramente puntual derivada de la actuación de la Administración pública competente supondría la caducidad del permiso de acceso y conexión y que es precisamente la propia Administración pública competente lo que pretende evitar con la modulación de los efectos temporales.

Esta decisión, por último, no es en modo alguno discriminatoria, pues nada impide a cualquier otra Administración pública que lo considere oportuno adoptar una decisión con los indicados efectos retroactivos, ello sin tener en cuenta obviamente que la posibilidad de un tratamiento diferenciado nace del hecho ya manifestado de que las Administraciones competentes son diversas, tanto la AGE como las CCAA.

Todas las consideraciones anteriores llevan a la estimación del presente conflicto de acceso y a dejar sin efecto la declaración de caducidad comunicada por REE.

CUARTO. Sobre los efectos de la presente Resolución sobre el permiso de acceso y conexión a los efectos del cumplimiento de los restantes hitos administrativos.

No obstante, hay dos aspectos en el que las alegaciones de REE se comparten en parte.

Indica REE que la posibilidad de dictar actos con efectos retroactivos para el cumplimiento de los hitos administrativos podría ser contraria a la seguridad jurídica y las expectativas de tercero.

Pudiendo ser cierto en el plano teórico, tal impedimento es fácilmente resoluble. Como alega la propia REE el elevado volumen de permisos de acceso y conexión que podrían caducar en idéntica fecha y la falta de información por parte de promotores y CCAA ha dado lugar a que REE establezca un mecanismo de actuación, justificado por la situación, para tener conocimiento pleno del

incumplimiento del hito y solo una vez comunicado el mismo procede a publicar la capacidad aflorada por las caducidades en su página web.

En segundo lugar, se manifiesta por parte de REE que los actos administrativos que reconocen retroactividad son muy diversos y que no puede valorarlos de forma individual. No le falta razón al operador del sistema en esta alegación. Por ello, solo cuando, como en el presente caso, se indique de forma expresa el carácter retroactivo del acto y la fecha a partir de la que surte efectos puede considerarse que se ha cumplido con el hito administrativo y que no ha caducado el permiso de acceso y conexión. En casos dudosos, y esta Comisión tiene conocimiento de algunos de ellos vía conflicto, debe requerirse aclaración por parte de la Administración autora del acto, bien por REE, bien en vía de conflicto.

Aclaradas estas cuestiones y en cuanto a los efectos de la presente resolución, la misma supone que el permiso de acceso y conexión de las instalaciones CRUX I y II no han caducado y que, por tanto, continúa en vigor, debiendo cumplir con los restantes hitos administrativos. Ahora bien, para evitar el perjuicio que supondría que tuvieran que disponer de la siguiente autorización administrativa tres meses después del 25 de enero de 2023, este último plazo debe computarse desde la fecha de la notificación de la presente resolución a REE, que deberá comunicarla al promotor.

Por último, y a efectos aclaratorios, se ha de indicar que esta resolución no afecta a terceros, en la medida en que por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía se acordó, el 29 de junio de 2021, que el nudo Balsicas 220 kV quedara reservado a concurso- por lo que, actualmente no hay en tramitación ningún permiso de acceso y conexión. En consecuencia, simplemente se procederá por REE a informar al Ministerio de que la capacidad disponible en el indicado nudo para el concurso se ve reducida en la potencia de las dos instalaciones de este conflicto.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el conflicto de acceso a la red de transporte propiedad de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. planteado por la sociedad CRUX GENERACIÓN, S.L., con motivo de las comunicaciones de la declaración de caducidad de los permisos de acceso y conexión de sus instalaciones CRUX I y II de 49,68 MW, con punto de conexión en la subestación Balsinas 220 kV.

SEGUNDO. Dejar sin efecto las declaraciones de caducidad remitidas el 31 de marzo de 2023 por parte de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

TERCERO. Declarar que, a los efectos del cumplimiento del hito administrativo 5º indicado en el artículo 1.1 a) del Real Decreto-Ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, la fecha para el cómputo de los plazos se cuenta desde la notificación de la presente resolución a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados:

CRUX GENERACIÓN, S.L.

RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.